

COMPENSATIO CULPARUM
– ROMA HUKUKUNDA BİRLİKTE KUSUR –

Dr. DİLER TAMER GÜVEN*

Borçlar Kanunumuzun 44/1 maddesine göre zarar gören şahıs “zarara razı olduğu yahut kendisinin fiili zararın ihdasına veya zararın tezayüdüne yardım ettiği ve zararı yapan şahsın hal ve mevkiini ağırlaştırdığı takdirde hakim, zarar ve ziyan miktarını tenkis yahut zarar ve ziyan hükümünden sarfı nazar edebilir.

Eğer zarar kasden veya ihmâl veya tedbirsizlikle yapılmamış olduğu ve tazmini de borçluyu müzayakaya maruz bıraktığı takdirde hakim hakkaniyete tevfikân zarar ve ziyânı tenkis edebilir.”

Zarar görenin hakime tazminat miktarını belirlemede geniş taktir yetkisi veren bu durumu hukukumuzda “birlikte (müterafık) kusur” olarak tanımlanmaktadır¹. Ancak burada kusurun, başkasına zarar veren iradi veya ahlaki bir kötülüğü veya zayıflığı değil, zarar görenin kendi menfaatinin korumak için gerekli özeni veya çabayı göstermediğini ortaya koyduğu kabul edilmektedir². Zarar görenin davranışı hukuka aykırı olmadığında, zarar görenin kusurundan da sözedilemez. Kusur ancak hukuka aykırı fiil ile zarara sebep olan kişiler hakkında yürütülen bir değer yargısıdır³. Bu nedenle kendi hakkına tecavüz eden bir kimsenin kusur işlemediği, ancak zarar veren davranışların, kendisine ödenecek tazminatın belirlenmesinde indirim sebebi olarak alınacağı kabul edilir. Bu düşüncenin temelinde dürüstlük kuralı (MK 2) yatmaktadır⁴.

* İÜ Hukuk Fakültesi Roma Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

¹ TANDOĞAN, H., Türk Mesuliyet Hukuku, s.318 vd.,

² TEKİNAY S. S., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.801

³ NOMER, N.H., Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi, s.90

⁴ NOMER, s.91

Türk hukukunda sorumluluğun belirlenmesinde kusurun ağırlığı yanında, uygun illiyet bağının bulunup bulunmadığı da dikkate alınmaktadır. Zarar görenin fiilinin zarar verenin fiili ile zarar arasındaki bağı kesmesi durumunda ise hiçbir tazminata hükmedilemeyecektir⁵.

Müterafık kusur kavramının köklerinin Roma Hukukuna dayandığı konusunda pek çok araştırma yapılmış ve Roma metinlerinde müterafık kusura işaret eden ifadeler bulunmasına çalışılmıştır. Roma Hukukunun temel kuralı, ihmal gösteren kimsenin sebep olduğu zararlardan sorumlu olması, ancak araya giren başka fiillerle hareketinin sonuca ulaşması engellenmişse sorumluluktan kurtulmasıdır⁶. Çağdaş müterafık kusur teorisinin tümüyle Roma Hukukuna dayandırılması mümkün değildir.

Müşterek hukuk *compensatio culpa*: kusurların takası kuralını benimsemiş ve her iki tarafın da kusurunun bulunması halinde zararı tazmin yükümlülüğünün ortadan kalkmasını kabul etmişti⁷. Bir tarafın kusurunun diğer tarafın da kasdının bulunması halinde ise, tazmin yükümlülüğünün devam edeceği kabul ediliyordu⁸. Ancak davalının sorumluluğunun kalkmasının davacının kusuruna mı, yoksa nedensellik bağının kopmasına mı dayandığı açık değildir.

Bu kuralın açıkça haksız sonuçlar doğurması, zamanla hakkaniyet gereğince yükümlülüklerin tenzil edilmesi düşüncesini ortaya çıkarmıştır⁹. Fransız Mahkemeleri Code Civil'in kabulünden önce ve 19.yüzyıl başlarında yakın sebep kuralına başvurmaya başlamış, 1804 Fransız Medeni Kanunu'nda (Code Civil) hisse yöntemi yer almıştır. Doğal Hukuk prensiplerinden etkilenmiş olan 1811 tarihli Avusturya Medeni Kanununda zarar görenin, kendi kusuru da varsa orantılı olarak ve eğer oran belirlenemezse eşit olarak sorumlu olacağı kabul edilmiş, Alman ve İs-

⁵ TANDOĞAN, s.318

⁶ LAWSON, H. F., Negligence in The Civil Law, s.54

⁷ Von TUHR, A., Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Cilt,1-2, s.101, "Fabrikatör ve Demiryolu İdarelerinin Mesuliyeti Hakkında ki İsviçre Kanunlarına göre dahi (Hukuki Mesuliyete Müteallik 1871 tarihli Alman Kanununa uygun olarak), mutazarrırın müterafık kusuru bütün mesuliyeti ortadan kaldırır."

⁸ WINDSCHEID, B., 258 mü 17; DERNBURG, H., Pandectae II. 45.3

⁹ SCHWARZ, A.B., Borçlar Hukuku, s.144; ERDOĞMUŞ, B. / TAHİROĞLU, B., Roma Hukuku Meseleleri, s.112

viçre Medeni Kanunları ise duruma göre zararın taraflar arasında bölünmesini veya zarar failinin tazmin yükümlülüğünden kurtulabilmesi için takime takdir serbestisi tanınmasını kabul etmiştir. Ancak Alman Medeni Kanunu sebebiyet verme derecesine öncelik tanımışken, İsviçre-Türk Borçlar Kanunlarında karşılıklı kusurların tartılması esası getirilmiştir¹⁰.

Roma metinlerini incelediğimizde birlikte kusur konusunda temel bir kural belirlenememektedir. Roma hukuku prensiplerine göre ihmal veya kast ile zarar veren kimse zarardan sorumludur, ancak bazı dış faktörler araya girerek sonuca etki yaparsa sorumluluk ortadan kalkacaktır. Romalılar bunu “*compensatio culparum*” (ihmallerin mahsubu) olarak nitelendirmektedir¹¹. Yani zarara uğrayanın birlikte kusuru zararı giderim borcunu ortadan kaldıracaktır¹². Sorun, bu kuralın birlikte kusura mı dayandığı, yoksa nedensellik bağının kopmasından mı ortaya çıktığı noktasında düğümlenmektedir. Buckland Roma Hukukunda konunun nedensellik bağına dayandığını kabul etmektedir¹³. Pernice ise kusur/takas kavramlarını kullanmakla beraber, bunun gerçek hukuki temelinin, mağdurun ihmalinin, zarar verenin kusuru ile zarar arasındaki nedensellik bağını kırması olduğunu belirterek, paralel bir görüş benimsemiştir. Aralarındaki tek fark, Pernice'nin, davacının kusurunun sorumluluğunu tamamen kaldırmadığı, ancak azalttığı görüşünde olmasıdır¹⁴. Pernice D.9.4'e dayanarak, davacının ihmali ile davalının kasdının bulunması halinde sorumluluğunun devam ettiğini, bu nedenle ihmallerin karşılaştırılabileceğini, yani her iki tarafın ihmalinin bulunması halinde de, nedensellik bağının kopmadığını düşünmektedir¹⁵. Buckland ise zarar veren fiilin kast veya ihmale bağlanmasının sonucu değiştirmeyeceğini, bir durumda zarara neden olmamış bir kimsenin diğer durumda da neden olmadığının kabul edilmesi gerekeceğini savunmuştur. Roma Hu-

¹⁰ NOMER, s.96

¹¹ UMUR, Z.; Roma Hukuku Lügati, s.41; HEUMAN-SECKEL, Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts, s.83, SOMER, P., Roma Hukukunda Mala Verilen Zarar (Damnum Iniuria Datum), s.84

¹² ERDOĞMUŞ-TAHIROĞLU, s.112; SOMER, P., s.84

¹³ BUCKLAND-McNAIR, The Institution of Roman Law, s.587

¹⁴ PERNICE, A., Zur Lehre von den Sachbeschädigungen nach römischem Recht, s.58-64.

¹⁵ PERNICE, s.62; LABEO, II/2, s.89 vd.

kukunda nedensellik *culpa* ile birlikte değerlendirildiğinde bile müterafik kusur sorununu çözememektedir. Nedensellik bağı kurulabilse bile sorun, kusurunun bulunup bulunmadığı noktasında düğümlenmektedir¹⁶. Lawson bu nedenle Roma hukukunda kusur ve nedensellik kavramlarının yarıştığını düşünmektedir¹⁷. Aşağıda yer alan müterafik kusur ve nedensellik kavramları¹⁸ ile ilgili metinler tartışmanın nedenlerini ortaya koyabilecektir.

D.9.2.7.4 Ulpianus libro octavo decimo ad edictum

Si quis in colluctatione vel in pancratio, vel pugiles dum inter se exercentur alius alium occiderit, si quidem in publico certamine alius alium occiderit, cessat Aquilia, quia gloriae causa et virtutis, non iniuriae gratia videtur damnum datum. Hoc autem in servo non procedit, quoniam ingenui solent certare: in filio familias vulnerato procedit. Plane si cedentem vulneraverit, erit Aquiliae locus, aut si non in certamine servum occidit, nisi si domino committente hoc factum sit: tunc enim Aquilia cessat.

Biri diğerini döverek ya da pancratium'da ya da box maçında öldürürse, Lex Aquilia'dan doğan dava açılamaz, çünkü zararın şöhret ve yiğitlik yüzünden verildiği, haksız verilmediği kabul edilir. Bununla beraber, sadece hür kişilerin rıza göstermesi adet olduğuna göre, bu köle durumunda uygulanmamıştır, ancak eğer bir filius familias yaralandıysa uygulanır. Elbette bir kimse teslim olmuş birini yaralarsa Aquilia nedeniyle dava açılır ya da müsabakaya taraf olmayan birini öldürürse. Ancak malikin köleyi savaşmaya teşvik ettiği yerde Aquilia davası açılamaz.

D.9.2.9.4 Ulpianus libro octavo decimo ad edictum

Sed si per lusum iaculantibus servus fuerit occisus, Aquiliae locus est; sed si cum alii in campo iacularentur, servus per eum locum transierit, Aquilia cessat, quia non debuit per campum iaculatorium iter intempes-

¹⁶ POWELL, R., *Novus Actus Interveniens in Roman Law, Current Legal Problems*, 1951, s.207 vd. "Zararın iki tarafın hareketi ile ortaya çıktığı kabul edilir. Tek sorun hangisinin *culpa*'sının daha ağır olduğudur".

¹⁷ LAWSON, s.50 vd.

¹⁸ PUGSLEY, D., *Causation and Confession in the Lex Aquilia*.

tive facere. Qui tamen data opera in eum iaculatus est, utique Aquilia tenebitur:

İnsanlar bir spor karşılaşmasında cirit fırlatırken bir köle ölürse Aquilian dava açılır ama eğer diğerleri sahada cirit atarken bir köle oradan geçmişse, Aquilian dava başarılmaz, çünkü o, sahada müsabakaların yapıldığı uygun olmayan bir zamanda oradan geçmemelidir. Bununla beraber eğer biri onu kasden hedef alırsa Aquilian dava ile sorumludur¹⁹.

D.9.2.10 Paulus libro vicensimo secundo ad edictum

Nam Iusus quoque noxius in culpa est.

Çünkü ihmal, aynı şekilde zarar verici bir sporda yer almayı da kapsar.

D.9.2.11 pr. Ulpianus libro octavo decimo ad edictum

Item Mela scribit, si cum pila quidam luderent, vehementius quis pila percussa in tonsoris manus eam deiecerit et sic servi, quem tonsor habebat gula sit praecisa adiecto cultello: in quocumque eorum culpa sit, eum lege Aquilia teneri. Proculus in tonsore esse culpam: et sane si ibi tondebat ubi ex consuetudine iudebatur vel ubi transitus frequens erat, est quod ei imputetur: quamvis nec illud male dicatur, si in loco periculoso selsam habenti tonsori se quis commiserit ipsum de se queri debere.

Aynısını Mela yazar; eğer insanlar top oynarken biri topa sertçe vurur ve top bir berberin eline çarpar ve berberin traş ettiği kölenin boğazı usturayla aniden kesilirse, böyle bir durumda hangisinin ihmali varsa, Lex Aquilia'dan o sorumludur. Proculus der ki; berberin kusuru varsa ve kesinlikle insanların top oynadıkları ya da trafiğin yoğun olduğu yerde traş ediyorsa ona da kusur yüklenmelidir, yine bir kimse kendisini tehlikeli yere sandalye koyan bir berbere teslim etmişse, sadece kendisini sorumlu tutabileceği rahatlıkla söylenebilir.

¹⁹ POWELL, s.207 “cirit atanlar normal olarak yabancıların geçmesini düşünmediklerinde kusurları yoktur, ancak geçtiklerinin farkında olsalardı kusur sorumluluğu doğardı. Sorumluluktan kurtulma zarar görenin fiilinin araya girmesinden değil, kusurlarının bulunmayışındandır.”

D.9.2.11.3 Ulpianus libro octavo decimo ad edictum

Celsus scribit, si alius mortifero vulnere percusserit, alius postea exanimaverit, priorem quidem non teneri quasi occiderit, sed quasi vulneraverit, quia ex alio vulnere perit, posteriorem teneri, quia occidit. quod et Marcello videtur et est probabilius.

Celsus der ki; eğer bir adam diğerini öldürücü şekilde yaralarsa ve bir diğeri onu öldürürse, önceki şahıs öldürmekten değil, yaralamaktan sorumludur, çünkü o farklı bir yaradan ölmüştür, fakat sonraki öldürmekten sorumludur. Marcellus bununla aynı fikirdedir ve bu doğru düşüncedir²⁰.

D.9.2.15.1 Ulpianus libro octavo decimo ad edictum

Si servus vulneratus mortifere postea ruina vel naufragio vel alio ictu maturius perierit, de occiso agi non posse, sed quasi de vulnerato, sed si manumissus vel alienatus ex vulnere perit, quasi de occiso agi posse Iulianus ait. Haec ita tam varie, quia verum est eum a te occisum tunc cum vulnerabas. Quod mortuo eo demum apparuit: at in superiore non est passa ruina apparere an sit occisus. Sed si vulneratum mortifere liberum et heredem esse insseris, deinde decesserit, heredem eius agere Aquilia non posse.

Eğer öldürücü şekilde yaralanan bir köle sonradan bir deprem, bir deniz kazası ya da diğer bir darbeye ölecek olursa öldürme sebebiyle dava açılmaz, ancak yaralama sebebiyle dava açılabilir, ancak o azat edildikten veya satıldıktan sonra aldığı o yaradan ölürse, Julianus öldürme nedeniyle bir dava açılabileceğini söyler, farkların sebebi şudur: gerçekten onu yaraladığınızda, sizin tarafınızdan öldürülmüş olacağı halde, bu sadece öldüğünde anlaşılacaktır, halbuki önceki durumda, evin yıkılması onun sizin tarafınızdan da öldürülmüş olup olmadığının meydana çıkmasını engellemiştir. Ancak eğer siz onun hür olmasına ya da mirasçınız olmasına karar verirseniz ve ondan sonra ölürse onun mirasçısı Lex Aquilia nedeniyle dava açamaz²¹.

²⁰ MacCORMACK, G., Aquilian Studies, Studia et Documenta Historiae et Iuris, 1975, 45,ss.2 vd.

²¹ MacCORMACK, G., a.g.e. s.2 vd.

D.9.2.28 pr. Paulus libro decimo ad Sabinum

Qui foveas untorum cervorumque capiendorum causa fuciunt, si in itineribus fecerunt eoque aliquid decidit factumque deterius est, lege Aquilia obliganti sunt: at si in aliis locis, ubi fieri solent, fecerunt, nihil tenetur.

Ayıları ve geyikleri yakalamak için çukur kazanlar Lex Aquilia'dan sorumludur, eğer çukurlar insanların geçtiği yerde kazıldıysa ve birileri içine düşüp yaralanırsa, ancak eğer onları bunu yapmanın yaygın olduğu bir yerde yapmışlarsa sorumlu değildirler²².

D.9.2.29 pr. Ulpianus libro octavo decimo ad edictum

Quemadmodum si laqueos eo loci posuisses, quo ius ponendi non haberes, et pecus vicini in eos laqueos incidisset.

Sizin tuzak kurmaya hakkınızın olmadığı yere kurduğunuz tuzağa bir komşunun keçisi düşer.

D.9.2.30.4 Paulus libro visensimo secundo ad edictum

Si vulneratus fuerit servus non mortifere, negligentia autem perierit, de vulnerato actio erit, non de occiso.

Bir köle yaralandıysa, fakat ölmediyse ve ihmalden ölürse, dava öldürmekten değil yaralamaktan açılacaktır.

D.9.2.31 Idem libro decimo ad Sabinum

Si putator ex arbore ramum cum deiceret vel machinarius hominem praeter eantem occidit, ita tenetur, si is in publicum decidat nec ille proclamavit, ut casus eius evitari possit. Sed Mucius etiam dixit, si in privato idem accidisset, posse de culpa agi: culpam autem esse, quod cum a diligente provideri poterit, non esset provisum, aut tum denuntiatum esset, cum periculum evitari non possit. Secundum quam rationem non multum refert, per publicum an per privatum iter fieret, cum ple-

²² Çukurun olağan bir yerde kazılmış olması veya davalının uyarılmış olması halinde, davacının *culpa*'sı veya davalının *novus actus*'u sorun teşkil etmez. Davacının bilgisi davalının kusurunu ortadan kaldırır. Sadece davalının kasdı varsa bu geçerli olmaz. POWELL, s. 209.

rumque per privata loca vulgo iter fiat, quod si nullum iter erit, dolum dumtaxat praestare debet, ne immittat in eum, quem viderit transeuntem: nam culpa ab eo exigenda non est, cum divinare non potuerit, an per eum locum aliquis transiturus sit.

Eğer bir budayıcı ağaçtan bir dal fırlatarak ya da yapı iskelesindeki bir adam yoldan geçen bir köleyi öldürürse, ancak o herkese açık bir yerde düşerse sorumludur ve bağırmayı başaramamış, böylece kaza meydana gelmişse. Ancak Mucius kendi arazisi üzerinde aynı şey olsa bile ihmal nedeniyle bir dava açılabilirliğini söyler, onu ihmal olarak kabul eder, çünkü normal dikkatli bir adam tarafından öngörülebilir bir şey öngörülememiştir, ya da tehlike için çok geç uyarıda bulunmuştur. Mağdurun yolunu genel veya özel bir araziden geçirip geçirmediği bu davada pek önemli değildir. Ancak sadece ızzar için sorumlu olabileceği bir alan yoktur, öyle ki o geçerken gördüğü birini hedef almamalıdır, çünkü birinin oradan geçebilecek olduğunu tahmin edemediği zaman ihmalden sorumlu tutulamaz²³.

D.9.2.52 pr. Alfenus libro secundo digestorum

Si ex plagis servus mortuus esset neque id medici inscientia aut domini negligentia accidisset, recte de iniuria occiso eo agitur.

Eğer bir köle dayak nedeniyle ölürse ve bu ne doktorun hatasından ve ne de malikin ihmalden kaynaklanmadıysa doğrudan doğruya haksız olarak öldürme nedeniyle dava açılabilir.

D.9.2.52.3 Alfenus libro secundo digestorum

Quidam boves vendidit ea lege uti daret experiundos: postea dedit dedit experiundos: emptoris servus in experiundo percussus ab altero bove cornu est: quaerebatur, num venditor emptori damnum praestare deberet. Respondi, si emptor boves emptos haberet, non debere praestare: sed si non haberet emptos, tum, si culpa hominis factum esset, ut a bove feriretur, non debere praestari: si vitio bovis, debere.

²³

Burada tek problem nedensellik değildir. Sorumluluk modern hukuklardaki “makul adam” ölçütüne, kusurlu bulunabilmeye bağlanmıştır. POWELL, s. 210; MacCORMACK, G., Aquilian Culpa, s.213.

Bir adam bazı öküzleri sattı: sözleşmenin bir hükmü şuydu, alıcıya onları deneme şartıyla bırakacaktı, sonra onları deneme şartıyla bıraktı, alıcının bir kölesi onları denerken boynuzlarıyla yaralarlarsa, satıcının alıcının zararını tazmin etmesinin gerekip gerekmediği soruldu. Cevap verdim; eğer alıcı öküzleri aldıysa satıcı tazminle yükümlü değildir, ancak eğer onları almadıysa ve o öküzün boynuzladığı kölenin hatasından olduysa, satıcı ödemek zorunda değildir, ancak öküzün kusurlarından olduysa sorumludur.

D.50.17.203 Pomponius libro octavo ad Quintum Mucium

Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire.

Kendi kusuru yüzünden zarara maruz kalan bir kimse, tümüyle zarara uğramış kabul edilemez²⁴.

²⁴

“Buradaki kusurlar aynı nitelikte görülmemelidir. Berberin müşterinin kusuruna dayanarak dava açması mümkün değildir. Buradaki *culpa*'nın İngiliz Hukukundaki *Contributory Negligence* olarak ele alınması mümkün değildir. POWELL, s.207 vd.